Sygn. akt: KIO 850/14

WYROK
z dnia 20 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę **Energopol-Szczecin S.A., ul.** Świętego **Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olszytnie, al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn**

przy udziale wykonawcy **Astaldi S.p.A., Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym (Włochy), adres do korespondencji: ul. Sapie yńska 10a, 00-215 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w subklauzuli 4.13 i subklauzuli 4.14 Warunków Szczególnych Kontraktu (rozdział 5) poprzez dodanie na końcu ostatniego zdania Subklauzuli 4.13. treści: „nie dotyczy to przypadków, gdy Czas na Ukończenie Robót nie mógł zostać dochowany z przyczyn nie le ących po stronie Wykonawcy" oraz dodanie na końcu ostatniego zdania Subklauzuli 4.14. Warunków Szczególnych Kontraktu, treści: „nie dotyczy to przypadków, gdy Czas na Ukończenie nie mógł zostać dochowany lub został on wydłu ony z przyczyn nie le ących po stronie Wykonawcy",

2. kosztami postępowania obcią a **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olszytnie, al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Energopol-Szczecin S.A., ul.** Świętego **Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olszytnie, al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn** na rzecz **Energopol-Szczecin S.A., ul.** Świętego **Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** kwotę **25 121 zł 94 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy sto dwadzieścia jeden złotych, dziewięćdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 850/14

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Budowa drugi ekspresowej S7 na odcinku

Miłomłyn-Olsztynek z podziałem na *2* zadania: Zadanie nr 2 - Rychnowo-Olsztynek (pododcinek C2).

1) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 Pzp, oraz art. 5, art. 353 1 , art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp „poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące ra ącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak równie poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - w związku z narzuceniem w dokumencie Gwarancji w pkt 5.1. A ppkt 1) - 24 godzinnego czasu reakcji na potwierdzenie przyjęcia zgłoszenia i określenie sposobu usunięcia Wady, liczone od chwili powiadomienia".
Odwołujący wniósł o „nakazanie Zamawiającemu, aby ten określił realny czas na określenie sposobu usunięcia Wady i tym samym, aby termin ten w dokumencie Gwarancji w pkt 5.1. A ppkt 1) został określony w sposób następujący: potwierdzenie przyjęcia zgłoszenia Wady - do 24 h od chwili powiadomienia, a określenie sposobu usunięcia Wady w terminie do 72 h od chwili powiadomienia, a w przypadku, gdyby nie było to mo liwe z przyczyn o charakterze obiektywnym w innym terminie wskazanym przez Zamawiającego".
W argumentacji Odwołujący podniósł, e Zamawiający wymaga od wykonawców 24 godzinnego terminu na potwierdzenie przyjęcia zgłoszenia i określenie sposobu usunięcia e potwierdzenie Wady (pkt 5.1. A ppkt 1) dokumentu Gwarancji. Odwołujący podniósł,
przyjęcia zgłoszenia, w ciągu 24 h jest terminem realnym, określenie sposobu usunięcia Wady w tak krótkim czasie w wielu przypadkach mo e okazać się niemo liwe. Aby określić ten termin, potrzebne jest dokonanie szczegółowych, oględzin, czy te przeprowadzenie specjalistycznych badań, co z kolei wią e się z czasem potrzebnym na dokonanie tych czynności. Z niedotrzymaniem tego terminu przez wykonawcę, wią ą się określone sankcje w postaci kar umownych. Tym samym wykonawca musiałby niejako na zasadzie ryzyka wziąć na siebie odpowiedzialność za dotrzymanie tego terminu, Tego typu zachowanie Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, mo e mleć wpływ na podjęcie przez wykonawców decyzji o zło eniu oferty w przetargu. Przystępujący zgodził się ze stanowiskiem

---

Odwołującego.

Stanowisko lzby

W ocenie lzby powy szy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.
Zamawiający jest uprawniony do dokonania opisu przedmiotu zamówienia stosownie do swoich uzasadnionych potrzeb. Zamawiający uzasadnił konieczność wprowadzenia krótkiego terminu na określenie sposobu usunięcia wady, wskazując na okoliczność, i w odniesieniu do większości wad, w ciągu 24 godzin mo liwe jest nie tylko określenie sposobu ich usunięcia, ale tak e ich usunięcie. Powy sze stwierdzenie wynika z wieloletnich doświadczeń Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, e natę enie ruchu na drodze, szacowane przez Zamawiającego na ok. 20-30 tys. na dobę powoduje, e nawet godzina zwłoki w usuwaniu wady spowoduje znaczne utrudnienia w ruchu. Stąd te niezbędne jest określenie mo liwie krótkich czasów zarówno określenia sposobu usunięcia wady, jak i jej usunięcia. Zamawiający podniósł, e bardzo często zdarzają się sytuacje, e w ciągu 24 godzin brak jest jakichkolwiek reakcji wykonawców. Zdaniem Zamawiającego, z powy szych względów proponowany przez Odwołującego czas 72 godzin na określenie sposobu usunięcia wady, jest czasem nadmiernie długim.
Nale y podkreślić, e Zamawiający przewidział w punkcie 5.3. Gwarancji mo liwość zmiany terminów wskazanych w punkcie 5.1 (w którym to został przewidziany termin 24 godzinny na przyjęcie zgłoszenia oraz określenie sposobu usunięcia wady). Punkt 5.1 odnosi się do sposobu usuwania wady, ale równocześnie obejmuje swym zakresem (wbrew twierdzeniu Odwołującego) tak e procedurę związaną z przyjęciem zgłoszenia i określeniem sposobu usunięcia wady. Z powy szego wynika, e Zamawiający przewidział mo liwość zmiany terminu 24 godzinnego. Tym samym Zamawiający nie naruszył przepisów, gdy przewidział mo liwość wystąpienia skomplikowanych wad. Wykonawca będzie zobowiązany do

określenia sposobu usunięcia wady w ciągi 24 godzin, zaś, w przy wystąpieniu skomplikowanych wad, istnieje mo liwość wydłu enia tego terminu. Nie mo na zatem stwierdzić, aby wymagania opisane przez Zamawiającego przewidywały sytuacje które uniemo liwią wykonawcom realizację zadania, a tym samym Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy.
W ocenie Izby, poprzez wprowadzenie wymagania, aby wybrany wykonawca w ciągu 24 godzin od chwili powiadomienia potwierdził przyjęcie zgłoszenia oraz określił sposób usunięcia wady, Zamawiający nie naruszył adnych przepisów prawa, w tym w szczególności art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 Pzp, oraz art. 5, art. 353 1 , art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp.

---

2) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 Pzp, oraz art. 5, art. 353 1 , art. 647 1 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp „poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące ra ącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak równie poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - poprzez zawarcie w Subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu postanowień zgodnie, z którymi umowa z Podwykonawcą nie mo e zawierać postanowień uzale niających uzyskanie przez Podwykonawcę płatności od Wykonawcy od dokonania przez In yniera odbioru wykonanych przez Podwykonawcę robót (Subklauzula 4,4. Warunków Szczególnych Kontraktu)".
Odwołujący wniósł o .„nakazanie Zamawiającemu wykreślenia w Subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu postanowień zgodnie, z którymi umowa z Podwykonawcą nie mo e zawierać postanowień uzale niających uzyskanie przez Podwykonawcę płatności od Wykonawcy od dokonania przez In yniera odbioru wykonanych przez Podwykonawcę robót (Subklauzula 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu)".
Odwołujący podniósł, e zawarcie w Subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu postanowień, zgodnie z którymi umowa z Podwykonawcą nie mo e zawierać postanowień uzale niających uzyskanie przez Podwykonawcę płatności od Wykonawcy od dokonania przez In yniera odbioru wykonanych przez Podwykonawcę robót, nale y uznać za nieuprawnioną ingerencję w treść stosunku zobowiązaniowego, którego Zamawiający nie jest stroną. Wykonawca bowiem ma prawo opisać w umowie z Podwykonawcą warunki odbioru, w taki sposób, e odbiór nastąpi dopiero w momencie dokonania tego odbioru przez In yniera. Wykonawca bowiem musi równie zabezpieczyć się przed sytuacją, w której In ynier zakwestionuje roboty, które były wykonywane przez Podwykonawcę. A zatem dopiero odbiór tych prac przez In yniera, oznacza e roboty te zostały wykonane nale ycie.”
Przystępujący zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego.

Stanowisko Izby

W ocenie Izby powy szy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.
Rozpatrując zarzut nale y mieć na uwadze fakt, e ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 139 przewiduje, e do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Nale y jednak pamiętać, e ustawa Prawo zamówień publicznych względem kodeksu cywilnego jest ustawą szczególną i uregulowania zawarte w tej ustawie mogą modyfikować lub ograniczać przepisy kodeksu cywilnego. Taki właśnie przypadek w

---

występuje w odniesieniu do zasady swobody umów, uregulowanej w art. 353^1 kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem, strony zawierające umowę mogą uło yć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współ ycia społecznego. Jak podnosi się w doktrynie, zasada swobody umów oznacza swobodę w zakresie podjęcia decyzji o zawarciu umowy, podjęcia decyzji o zawarciu umowy z konkretnym podmiotem oraz swobodę w zakresie ukształtowania treści umowy.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych ograniczają zasadę swobody umów i są to ograniczenia dwojakiego rodzaju. Z jednej strony ograniczeniu ulega swoboda zamawiającego w zakresie podjęcia decyzji o zawarciu umowy z dowolnym wykonawcą. Zamawiający zobligowany jest bowiem do przestrzegania przyjętej przez siebie procedury wyboru najkorzystniejszej oferty – a więc de facto wyboru wykonawcy, z którym zamawiający zawrzeć ma umowę. Z drugiej strony, ograniczeniu ulega swoboda wykonawcy w zakresie kształtowania treści umowy, gdy treść tej umowy jest ju w całości lub w zasadniczej części jednostronnie określona przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający ma mo liwość opisania przedmiotu zamówienia w sposób uzasadniający jego potrzeby, biorąc pod uwagę tak e interes społeczny. W ocenie Izby Zamawiający uzasadnił konieczność ograniczenia mo liwości wprowadzenia do umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami postanowień, które będą uzale niały uzyskanie przez podwykonawcę płatności od wykonawcy, od dokonania przez in yniera odbioru prac, jakie wykonał podwykonawca. Zamawiający wprowadzenie tych postanowień uzasadnił okolicznością, i wykreślenie przedmiotowego postanowienia spowodowałoby problemy z określeniem i realizacją płatności na rzecz podwykonawców. Uzale nienie dokonywania płatności na rzecz podwykonawców od odbiorów prac wykonanych przez podwykonawców przez In yniera mogłoby prowadzić do powstania zatorów płatniczych – w przypadku, gdyby pomiędzy faktycznym wykonaniem prac przez podwykonawcę a ich odbiorem przez In yniera wystąpił znaczny odstęp czasowy. W rezultacie, kłopoty finansowe podwykonawców mogą mieć wpływ tak e na Zamawiającego, będącego statio fisci Skarbu Państwa i Zamawiający pragnął zabezpieczyć się przed powstaniem takiej sytuacji. Podkreślił tak e, e prace dotyczące jednego asortymentu robót wykonywane są często przez wielu podwykonawców. W takiej sytuacji, dokonanie odbioru robót wykonanych przez jednego podwykonawcę (a tym samym powstanie obowiązku zapłaty na rzecz tego podwykonawcy) mo e nie być mo liwe, gdy odbiorowi mo e podlegać cały asortyment robót.
Zamawiający poprzez te właśnie zapisy dą ył do ograniczenia mo liwości zaistnienia przypadku, gdy to na nim jako inwestorze spocznie obowiązek zaspokojenia roszczeń podwykonawców, przysługujących im wobec wykonawcy.

Podkreślić nale y, e nie zostało wykazane, aby poprzez wprowadzenie ww. postanowienia w treści subklauzuli 4.4 doszło do naruszenia przepisów ustawy – Odwołujący nie udowodnił, i kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ w jakikolwiek sposób ró nicują sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu, faworyzują któregokolwiek z nich, zaburzają pomiędzy nimi uczciwą konkurencję. Nie wykazał on, aby zapisy subklauzuli 4.4 naruszały przywołane przez niego w odwołaniu przepisy prawa, czy te aby w świetle tych właśnie przepisów były one niedozwolone.

Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 5 kc. W ocenie Izby, powołanie się przez Odwołującego na naruszenie przez Zamawiającego zasad współ ycia społecznego jest całkowicie nieskuteczne. Stawiając taki zarzut, Odwołujący powinien przede wszystkim określić, jakiej zasady współ ycia społecznego powinien przestrzegać Zamawiający, a następnie wykazać, e zasada ta została naruszona przez Zamawiającego. Tymczasem Odwołujący nie podjął nawet próby sformułowania zasady współ ycia społecznego, która – zdaniem Odwołującego – powinna być przestrzegana przez Zamawiającego. Brak jest więc podstawowego punktu odniesienia, który pozwoliłby na dokonanie oceny działań Zamawiającego z punktu widzenia przestrzegania postanowień art. 5 kc. Tym samym całkowicie bezskuteczne jest powoływanie się przez Odwołującego na rzekome naruszenie przez Zamawiającego art. 5 kc.

3) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp, art. 31 ust. 1 Pzp, oraz art. 5, art. 353 ^{1} i art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp „poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące ra ącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak równie nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń,

uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak równie poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - w związku z postanowieniami SIWZ, które w subklauzuli 4.13. Warunków Szczególnych Kontraktu nakładają na wykonawców przed rozpoczęciem robót budowlanych obowiązek dokonania poświadczenia inwentaryzacji (chodzi o inwentaryzację fotograficzną i opisową obiektów budowlanych na terenach przyległych, objętych oddziaływaniem inwestycji, dróg, tras dostępu i urządzeń obcych na Placu Budowy, jak i dróg, tras dostępu i urządzeń obcych na Placu Budowy, których stan mo e ulec pogorszeniu w wyniku prowadzenia robót budowlanych) protokołem przez Wykonawcę,

7

In yniera i gestorów lub zarządców takich dróg lub urządzeń obcych lub urządzeń budowlanych. Ponadto Wykonawca jest zobowiązany na własny koszt utrzymać istniejący stały dostęp do wszystkich nieruchomości poło onych na terenach przyległych do Placu Budowy przez cały okres Robót, jednocześnie wskazuje się, e Wykonawca nie będzie uprawniony do adnych roszczeń o Przedłu enie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu z tego tytułu (Subklauzula 4.13 Warunków Szczególnych Kontraktu)".
Odwołujący wniósł o „nakazanie Zamawiającemu, aby ten usunął w Subklauzuli 4.13 Warunków Szczególnych kontraktu postanowień, które nakładają na Wykonawcę obowiązek poświadczenia przed rozpoczęciem robót dokonanej inwentaryzacji przez gestorów lub zarządców takich dróg lub urządzeń obcych lub obiektów budowlanych, oraz aby Zamawiający na końcu ostatniego zdania Subklauzuli 4.13., dodał następujący fragment o treści: „nie dotyczy to przypadków, gdy Czas na Ukończenie Robót nie mógł zostać dochowany z przyczyn nie le ących po stronie Wykonawcy".
W argumentacji wskazano, e nało ony w Subklauzuli 4.13. Warunków Szczególnych Kontraktu obowiązek uzyskania poświadczeń, m.in. od gestorów lub zarządców urządzeń czy obiektów, czyli podmiotów, na których działania Wykonawca nie ma adnego wpływu, pod protokołem z inwentaryzacji, i uzale nienie od ich uzyskania mo liwości rozpoczęcia robót budowlanych, nale y uznać za działanie powodujące ryzyko, którego kosztów nie da się wyszacować przy kalkulowaniu ceny oferty. Ponadto brak mo liwości ubiegania się przez Wykonawcę o Przedłu enie Czasu na Ukończenie lub mo liwości dochodzenia pokrycia dodatkowych kosztów z tym związanych stanowi dodatkowe ryzyko, poniewa Wykonawca nie ma wpływu na działania tych podmiotów.
Nadto Odwołujący wskazał, e Zamawiający w Subklauzuli 4.13. przerzucił całkowity koszt utrzymania istniejącego stałego dostępu do wszystkich nieruchomości przyległych do Placu Budowy przez cały okres trwania Robót, wyłączając jednocześnie mo liwość występowania z jakimkolwiek roszczeniem o Przedłu enie Czasu na Ukończenie lub mo liwości dochodzenia pokrycia dodatkowych kosztów z tego tytułu. Zatem Zamawiający zmusza wykonawców do skalkulowania w swoich ofertach kosztów ryzyka, powodującego ewentualną konieczność przedłu enia Czasu na Ukończenie z powy szych powodów, do czego mo e dojść z przyczyn zupełnie niezale nych od Wykonawcy - a wykonawca nie jest w stanie oszacować i nale ycie skalkulować tych kosztów. Dlatego te ubieganie się w szczególności o zwrot kosztów z tego tytułu powinno być mo liwe, w sytuacjach, gdy niedotrzymanie Czasu na Ukończenie nastąpi z przyczyn niele ących po stronie Wykonawcy. Przystępujący zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego.

8

Stanowisko Izby

Izba ustaliła, e w subklauzuli 4.13 Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Wykonawca przed rozpoczęciem robót budowlanych na własny koszt, dokona inwentaryzacji fotograficznej i opisowej obiektów budowlanych na terenach przyległych oraz dróg, tras dostępu i urządzeń obcych na Placu Budowy, jak i w jego otoczeniu, których stan mo e ulec pogorszeniu w wyniku prowadzenia robót budowlanych. Inwentaryzacja taka zostanie poświadczona protokołem przez Wykonawcę, In yniera i gestorów lub zarządców takich dróg lub urządzeń obcych lub obiektów budowlanych. Wykonawca jest zobowiązany na własny koszt utrzymać istniejący stały dostęp do wszystkich nieruchomości poło onych na terenach przyległych do Placu Budowy przez cały okres trwania Robót. Wykonawca nie będzie uprawniony do adnych roszczeń o przedłu enie Czasu na Ukończenie lub

dodatkowego kosztu z tego tytułu.”

Zdaniem Izby powy szy zarzut jest uzasadniony. Nało enie na wykonawcę tak daleko idących obowiązków, a tak e wiązanie z ich niewykonaniem negatywnych konsekwencji (uniemo liwienie rozpoczęcia robót budowlanych), nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Tak gestorzy, czy zarządcy dróg lub urządzeń obcych nie są w aden sposób zale ni od Wykonawcy, Wykonawca nie ma adnego wpływu na działania tych podmiotów, nie został wyposa ony przez Zamawiającego w jakikolwiek instrument umo liwiający wyegzekwowanie od tych podmiotów podpisania protokołu poświadczającego wykonanie inwentaryzacji. Dlatego te , jako zapis obarczający wykonawcę nadmiernym ryzkiem niedoszacowania oferty, Izba uznała, i kwestionowane przez Odwołującego postanowienie subklauzuli narusza przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, czyniąc opis sposobu realizacji zamówienia niejednoznacznym, uniemo liwiającym oszacowanie przez wykonawców minimalnego zakresu ryzyka związanego z wykonywaniem zamówienia.

Jak wskazał Zamawiający, 13 maja 2014 r. zamieścił na stronie internetowej oraz przesłał do Odwołującego i Przystępującego zmianę postanowień SIWZ w zakresie zaskar onym, odnoszącym się do obowiązku uzyskania podpisów gestorów lub zarządców dróg lub urządzeń obcych. Zamawiający wykreślił kwestionowany w odwołaniu wymóg uzyskania poświadczeń pod protokołem od podmiotów, na których działanie Wykonawca nie ma adnego wpływu, zmniejszając obcią enie Wykonawcy, z tego te względu Izba w treści sentencji wyroku nie nakazywała Zamawiającemu dokonania zmiany w treści SIWZ.

W ocenie Izby uzasadniona pozostaje druga część zarzutu odnosząca się do obowiązku skalkulowania przez wykonawcę w ofercie kosztów utrzymania istniejącego stałego dostępu do nieruchomości przyległych do Placu Budowy - przez cały okres wykonywania robot. Treść subklauzuli 4.13 wyraźnie stanowi, e „Wykonawca jest zobowiązany na własny koszt utrzymać istniejący stały dostęp do wszystkich nieruchomości poło onych na terenach przyległych do Placu Budowy przez cały okres trwania Robót. Wykonawca nie będzie uprawniony do adnych roszczeń o przedłu enie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego kosztu z tego tytułu.” Tym samym Zamawiający wprost wyłączył jakąkolwiek mo liwość dochodzenia Kosztu w wy ej zaistniałej sytuacji. Z tego te względu uzasadniony jest, w ocenie Izby, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez obarczenie Wykonawcy nadmiernym ryzkiem niedoszacowania oferty. Zamawiający zmusił wykonawców do skalkulowania w swoich ofertach kosztów ryzyka, powodującego ewentualną konieczność przedłu enia Czasu na Ukończenie, do czego mo e dojść z przyczyn zupełnie niezale nych od Wykonawcy - a wykonawca nie jest w stanie oszacować i nale ycie skalkulować tych kosztów. Dlatego te Izba uznała powy szy zarzut za uzasadniony i orzekła zgodnie z ądaniem zawartym w treści odwołania, poprzez e ubieganie się w nakazanie Zamawiającemu uwzględnienia w SIWZ postanowienia, szczególności o zwrot kosztów powinno być mo liwe w sytuacjach, gdy niedotrzymanie Czasu na Ukończenie nastąpi z przyczyn niele ących po stronie Wykonawcy.
Izba ustaliła, e w punktach 1.1.4.3 Zamawiający zawarł definicję pojęcia Koszt. Jest to przedłu enie Czasu na Ukończenie wraz z zyskiem w wysokości 0,007%. Definicja ta wyłącza uzyskanie kosztu w przypadku subklauzuli 8.9 i subklauzuli 17.4. Ponadto w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, e zdanie ostatnie subklauzuli 4.13 równie wyłącza zastosowanie mo liwości dochodzenia zapłaty w przypadku wydłu enia Czasu na Ukończenie. Tym samym, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, w treści szczególnych warunków kontraktu nie została przewidziana mo liwość dochodzenia kosztów w przypadku zaistnienia sytuacji, o której mowa w subklauzuli 4.13.

4) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp, art. 31 ust. 1 Pzp, oraz art. 5, art. 353 ^{1}, art. 471 i art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp „poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące ra ącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający

zachowanie uczciwej konkurencji, jak równie nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ, na sporządzenie

oferty, jak równie poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - w związku z przerzuceniem na Wykonawcę kosztów zapewnienia dojazdu oraz kosztów jego utrzymania właścicielom nieruchomości lub innym podmiotom uprawnionym do korzystania z nieruchomości, przy jednoczesnym wyłączeniu mo liwości ubiegania się przez Wykonawcę o Przedłu enie Czasu na Ukończenie lub zapłatę dodatkowego Kosztu z tym związanego (Subklauzula 4.14. Warunków Szczególnych Kontraktu)".
Odwołujący wniósł o „nakazanie Zamawiającemu, aby ten na końcu ostatniego zdania Subklauzuli 4.14. Warunków Szczególnych Kontraktu, dodał następujący fragment: »nie dotyczy to przypadków, gdy Czas na Ukończenie nie mógł zostać dochowany lub został on wydłu ony z przyczyn nie le ących po stronie Wykonawcy«".
Przystępujący zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego. W argumentacji wskazano, e nale y uznać za nieuprawnione przerzucenie na wykonawców w Subklauzuli 4.14. Warunków Szczególnych Kontraktu, całkowitej odpowiedzialności oraz kosztów zapewnienia i utrzymania właścicielom nieruchomości oraz podmiotom uprawnionym do korzystania z nieruchomości, dojazdu do nieruchomości. Jak podnieśli Odwołujący i Przystępujący, z postanowień SIWZ wynika, e Wykonawca nie będzie uprawniony do wysuwania adnych roszczeń o Przedłu enie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu z tego tytułu, co oznacza e Zamawiający przerzucił obowiązek ponoszenia tych kosztów - tak e w sytuacji przekroczenia umówionego Czasu na Ukończenie z przyczyn niezale nych od Wykonawcy. Wykonawca nie mo e bowiem ponosić odpowiedzialności za zachowania podmiotów od niego niezale nych.
Zatem, w ocenie Odwołującego i Przystępującego, Zamawiający zmusza wykonawców do skalkulowania w swoich ofertach kosztów ryzyka powodującego konieczność przedłu enia Czasu na Ukończenie z powy szych powodów, do czego mo e dojść z przyczyn zupełnie niezale nych od Wykonawcy - a kosztów tych Wykonawca nie jest w stanie oszacować i nale ycie skalkulować.

Stanowisko Izby

Izba ustaliła, e Zamawiający w klauzuli 4.14 szczególnych warunków kontraktu zawarł postanowienie: „(…) Wykonawca będzie ponosił koszty zapewnienia dojazdu oraz koszty jego utrzymania właścicielom nieruchomości lub innym podmiotom uprawnionym do korzystania z nieruchomości. Wykonawca nie będzie uprawniony do adnych roszczeń o przedłu enie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu z tego tytułu."
Odwołujący podnosił, i nie mo e on być obcią any odpowiedzialnością za zachowania innych podmiotów od niego niezale nych, zaś zmuszanie go do wzięcia na siebie takiej

odpowiedzialności, powoduje, i nie jest on w stanie wyliczyć kosztów zaistnienia takiego ryzyka.

Izba uznała, e przywołana treść subklauzuli 4.14 obarcza Wykonawcę nadmiernym ryzkiem niedoszacowania oferty, a tym samym narusza art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie jest bowiem wykluczone, e przedłu enie zamknięcia dostępu do drogi publicznej właścicielom lub innym podmiotom uprawnionym, a tym samym dłu y czas utrzymywania konieczności zapewnienia dojazdu, nastąpi z przyczyn le ących po stronie Zamawiającego. W świetle kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SIWZ, równie w takim przypadku wykonawca będzie zobowiązany do ponoszenia kosztów takiego przedłu enia, a co wa niejsze, nie będzie mógł z tego tytułu dochodzić przedłu enia Czasu na Ukończenie lub dodatkowych kosztów.

Dlatego te Izba uznała powy szy zarzut za uzasadniony i orzekła zgodnie z ądaniem zawartym w treści odwołania, poprzez nakazanie Zamawiającemu dodania w SIWZ postanowienia: „nie dotyczy to przypadków, gdy Czas na Ukończenie nie mógł zostać

dochowany lub został on wydłu ony z przyczyn nie le ących po stronie Wykonawcy”.

5) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2, art. 31 ust. 1 Pzp „poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez narzucenie wykonawcom obowiązku skoordynowania prac objętych Kontraktem z Operatorem, czyli podmiotem, który będzie wyłoniony w drodze odrębnego postępowania przetargowego i będzie odpowiedzialny za zaprojektowanie, budowę i utrzymanie Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat, oraz Wykonawcą KSZR, czyli podmiotem wyłonionym w drodze odrębnego postępowania przetargowego, odpowiedzialnym za zaprojektowanie, dostawę, monta i utrzymanie infrastruktury Krajowego Systemu Zarządzania Ruchem w skład, której wchodzą urządzenia telematyki drogowej, sieci teletransmisyjnej oraz systemu zasilającego energię elektryczną, a tak e połączenia pomiędzy infrastrukturą terenową KSZR, a systemami centralnymi KSZR, bez nale ytego opisania zakresu tych prac, dokładnej lokalizacji tych robót, terminu realizacji tych prac itp. (Subklauzula 4,6. Warunków Szczególnych)”.
Odwołujący wniósł o „nakazanie Zamawiającemu, aby uzupełnił on opis przedmiotu zamówienia dla rzeczonego zamówienia o wskazanie szczegółowego zakresu prac, ich

lokalizacji, terminów realizacji itp. - wykonywanych przez Operatora, oraz Wykonawcę KSZR - w taki sposób, aby wykonawca mógł nale ycie zaplanować roboty, które są do wykonania w przedmiotowym postępowaniu i nale ycie przygotować ofertę cenową”.
Przystępujący zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego. W argumentacji wskazano, e zamieszczone przez Zamawiającego w subklauzuli 4.6. Warunków Szczególnych Kontraktu postanowienia zobowiązujące Wykonawcę do współpracy z innymi podmiotami w sposób tam opisany powodują konieczność nale ytego zaplanowania wykonania robót i skoordynowania prac objętych Kontraktem z tymi podmiotami. W tym celu niezbędne jest dostarczenie przez Zamawiającego informacji na temat szczegółowego opisu prac, które mają być wykonane przez inne podmioty, ich lokalizacji oraz terminów ich wykonania. Zasygnalizowanie takiego obowiązku jest niewystarczające. Brak takich informacji uniemo liwia wykonawcy nale yte zaplanowanie robót i tym samym nale ne przygotowanie oferty cenowej.

Stanowisko Izby

W ocenie Izby podniesiony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Z treści postanowień subklauzuli 4.6 warunków szczególnych kontraktu wynikają obowiązek uzgodnienia i skoordynowania rozwiązań technicznych i harmonogramów robót.
Jednak e podkreślić nale y, e obowiązek uzgodnienia i skoordynowania swoich rozwiązań technicznych i harmonogramów robót spoczywa na Operatorze i wykonawcy Krajowego Systemu Zarządzania Ruchem, a nie na wykonawcy. To te dwa podmioty powinny dokonać uzgodnień i koordynacji z wykonawcą, a nie na odwrót. Operator i wykonawca KSZR powinni więc dostosować się do rozwiązań, jakie zastosuje wykonawca. Tym samym nieuzasadnione jest twierdzenie Odwołującego, e obowiązek dokonania przez Operatora i wykonawcę KSZR uzgodnień i koordynacji ich robót z wykonawcą, wpłynie na zaplanowanie robót przez wykonawcę lub sposób kalkulacji jego oferty. Nale y podkreślić, e w subklauzuli wskazano, e rozwiązania techniczne Operatora i techniczno – instalacyjne Wykonawcy KSZR nie mogą wpływać na zmianę Warunków Kontraktu. Powy sze oznacza, e zarówno Operator jak i Wykonawca KSZR zobowiązani są w taki sposób współpracować z Wykonawcą, aby nie wpłynęło to na zmianę Warunków Kontraktu. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszeń przepisów ustawy wskazanych przez Odwołującego, jak równie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego traktowania wykonawców.

6) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, oraz art. 5, art. 353^1 i art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp „poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku

zobowiązaniowego, powodujące ra ącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - wobec zaniechania przez Zamawiającego wprowadzenia do Umowy postanowień, które umo liwiałyby anulowanie kary umownej za niewykonanie ka dej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania (Kamieni Milowych) z przyczyn le ących po stronie Wykonawcy w terminie ustalonym w dokumencie Dane Kontraktowe lub terminie zmienionym zgodnie z Warunkami Kontraktu, w wysokości 0,02% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, za ka dy dzień zwłoki - w sytuacji dotrzymania przez Wykonawcę Czasu na Ukończenie Robót (subklauzula 8.7. Warunków Szczególnych Kontraktu)".
Odwołujący wniósł o „nakazanie Zamawiającemu, aby ten wprowadził do umowy postanowienia dot. anulowania kary umownej za niewykonanie ka dej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania (Kamieni Milowych), w przypadku dotrzymania przez Wykonawcę Czasu na Ukończenie Robót".
Przystępujący zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego. W argumentacji podniesiono, e za przejaw nadu ycia prawa i naruszenia zasady swobody umów nale y uznać wpisanie przez Zamawiającego w subklauzuli 8.7. Szczególnych Warunków Kontraktu, kary umownej (naliczanej oddzielnie) za niewykonanie ka dej z Wymaganych Minimalnych ilości Wykonania (Kamieni Milowych) z przyczyn le ących po stronie Wykonawcy w terminie ustalonym w dokumencie Dane Kontraktowe lub w terminie zmienionym zgodnie z Warunkami Kontraktu, w wysokości 0,02% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, za ka dy dzień zwłoki, przy jednoczesnym braku mechanizmu, który anulowałby naliczoną karę za niewykonanie Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania (Kamieni Milowych), w przypadku gdy Wykonawca dotrzyma Czas na Ukończenie Robót. W ocenie Odwołującego i Przystępującego, stanowi to niczym nieuzasadniony sposób dodatkowego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy i stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Ponadto Odwołujący i Przystępujący podnieśli, e dodanie subklauzuli 8.14. w Warunkach Szczególnych Kontraktu umo liwiające przedstawienie przez wykonawcę zabezpieczenia zakończenia Robót w Czasie na Ukończenie w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej na kwotę równą wysokości nale nej Kary umownej stawia w lepszej sytuacji wykonawców, którzy będą w stanie uzyskać taką gwarancję w stosunku do wykonawców, którzy takiej gwarancji nie będą w stanie uzyskać, i wobec nich zostanie naliczona kara umowna, która następnie zostanie potrącona przez Zamawiającego.

Stanowisko Izby

W ocenie Izby powy szy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wskazano powy ej, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych ograniczają zasadę swobody umów i są to ograniczenia dwojakiego rodzaju. Z jednej strony ograniczeniu ulega swoboda zamawiającego w zakresie podjęcia decyzji o zawarciu umowy z dowolnym wykonawcą. Zamawiający zobligowany jest bowiem do przestrzegania przyjętej przez siebie procedury wyboru najkorzystniejszej oferty – a więc de facto wyboru wykonawcy, z którym zamawiający zawrzeć ma umowę. Z drugiej strony ograniczeniu ulega swoboda wykonawcy w zakresie kształtowania treści umowy, gdy treść tej umowy jest ju w całości lub w zasadniczej części jednostronnie określona przez zamawiającego. Zamawiający ma mo liwość opisania przedmiotu zamówienia w sposób uzasadniający jego potrzeby, biorąc pod uwagę własne potrzeby jak równie interes społeczny. Jak wskazał Zamawiający, ustanowienie przez Zamawiającego Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamienia Milowego) ma na celu wyegzekwowanie od Wykonawcy takiego postępu robót, który zapewni wykonanie całego kontraktu w zało onym Czasie na Ukończenie.
W ocenie Izby, Zamawiający był uprawniony do wprowadzenia do umowy postanowień o mo liwości ądania zapłaty kar umownych z tytułu niedotrzymania terminów wykonania Kamieni Milowych. Wprowadzenie do umowy zarówno pojęcia Kamieni Milowych, jak i kar umownych za niewykonanie ich w terminie jest powszechnie stosowane w umowach o roboty budowlane i brak jest podstaw do przyjęcia, e wprowadzenie przez Zamawiającego

obowiązku zapłaty tych kar narusza jakiekolwiek przepisy prawa. Nieuzasadniony jest przy tym zarzut Odwołującego, i Zamawiający nie przewidział w umowie mechanizmu anulowania kar umownych za niewykonanie w terminie Kamieni Milowych w sytuacji, gdy cała inwestycja została wykonana w terminie. Po pierwsze, aden przepis prawa nie obliguje Zamawiającego do wprowadzenia takiego mechanizmu. Po drugie, w przypadku du ych i skomplikowanych inwestycji, samo opóźnienie w wykonaniu kamieni milowych mo e spowodować zakłócenia toku robót na innych odcinkach inwestycji, realizowanych przez innych wykonawców, a ewentualne nadrobienie tempa prac i zakończenie realizacji inwestycji w terminie nie musi oznaczać tego samego na innych odcinkach inwestycji. Tym samym, Zamawiający wprowadził postanowienia, które nie tylko nie naruszają adnych przepisów prawa czy zasad udzielania zamówienia publicznego, ale równocześnie są uzasadnione jego wymaganiami.
W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie tak e stanowisko co do naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców poprzez stworzenie mo liwości przedstawienia przez Wykonawcę zabezpieczenia zakończenia Robót w Czasie na Ukończenie w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej na kwotę równą wysokości nale nej Kary umownej. Fakt, e Zamawiający przewidział mo liwość przedstawienia przez Wykonawcę zabezpieczenia zakończenia Robót w Czasie na Ukończenie w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej na kwotę równą

wysokości nale nej Kary umownej, nie stawia w lepszej sytuacji wykonawców, którzy będą w stanie uzyskać taką gwarancję w stosunku do wykonawców, którzy takiej gwarancji nie będą w stanie uzyskać i wobec nich zostanie naliczona kara umowna, która następnie zostanie potrącona przez Zamawiającego.
W pierwszej kolejności nale y zauwa yć, e mo liwość wniesienia przez wykonawców zabezpieczania wykonania robot w ró nych formach, jest działaniem Zamawiającego na korzyść wykonawców. Odwołujący nie wykazał, dlaczego wyegzekwowanie kary umownej poprzez uruchomienie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej miałoby uprzywilejować wykonawcę w stosunku do wykonawcy, w odniesieniu do którego kara umowna została potrącona z płatności przysługującej wykonawcy. Samo przedło enie przez Wykonawcę gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej nie wyłącza mo liwości dochodzenia przez Zamawiającego zapłaty kar umownych. Wbrew twierdzeniu Odwołującego i Przystępującego, Zamawiający nie nadu ywa prawa i nie naruszenia zasady swobody umów, a przewiduje rozwiązania, które są dla Wykonawców wygodne/korzystne. Nie mo na więc uznać, aby poprzez wprowadzenie takiego postanowienia Zamawiający naruszył jakikolwiek przepis prawa. Ponadto przedmiotowe postanowienie subklauzuli nie narusza tak e zasady równego traktowania Wykonawców. Dodatkowo nale y zauwa yć, e Odwołujący nie zaprzeczył, e wykonawcy zaproszeni do etapu składania ofert przeszli przeprowadzoną weryfikację zdolności finansowej i ekonomicznej zgodnie z postanowionymi przez Zamawiającego warunkami, których spełnienie gwarantuje, i wszyscy z nich znajdują się w podobnej kondycji ekonomiczno-finansowej i będą mieli mo liwość uzyskania przedmiotowej gwarancji. Tym samym nale y uznać, e wszyscy wykonawcy znajdują się na poziomie, który gwarantuje, e będą mieli mo liwość uzyskania takiej gwarancji.

7) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, oraz art. 5, art. 353^1 i art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego wzw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp „poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące ra ącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - w związku z zastrze eniem tylko dla Zamawiającego mo liwości ądania odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość zastrze onych Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści (Subklauzula 8.7. Warunków Szczególnych Kontraktu)".
Odwołujący wniósł o „nakazanie Zamawiającemu, aby ten wprowadził w Subklauzuli 8.7. Warunków Szczególnych Kontraktu postanowienie, zgodnie z którym mo liwość ądania-odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość zastrze onych Kar umownych

do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści będzie zastrze ona równie dla Wykonawcy (Subklauzula 8.7. Warunków Szczególnych Kontraktu)".
Przystępujący zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego. W ocenie Odwołującego i Przystępującego nale y uznać za nadu ycie prawa, naruszenie zasady swobody zawierania umów .oraz równości stron umowy, przyznanie jedynie Zamawiającemu mo liwości ądania odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość zastrze onych Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści (Subklauzula 8.7. Warunków Szczególnych Kontraktu) - takie samo prawo powinno być przyznane równie Wykonawcy.

Stanowisko Izby

W ocenie Izby powy szy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W odniesieniu do umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest mo liwe takie uregulowanie postanowień umowy, które będą rodziły faktyczną nierównowagę stron. Taka właśnie sytuacja zaistniała w rozpoznawanym przypadku. Izba ustaliła, e w subklauzuli 8.7 szczególnych warunków kontraktu (pkt (i) zdanie ostatnie) Zamawiający zawarł postanowienie, zgodnie z którym: odszkodowania uzupełniającego „Zamawiający zastrzega sobie prawo do ądania przenoszącego wysokość Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody powstałej lub mogącej powstać w związku z nienale ytym wykonywaniem przez Wykonawcę Umowy.” Takie uprawnienie zostało przyznane jedynie Zamawiającemu. Zgodnie z treścią zarzutu, stanowi to nierówność w relacjach Zamawiający-Wykonawca. W ocenie Izby brak podstaw aby uznać, i na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, nierówność taka jest niedopuszczalna. W ocenie Izby nie wykazano, aby Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, oraz art. 5, art. 353 1 i art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie udowodnił, aby kwestionowane postanowienie SIWZ w jakikolwiek sposób ró nicowało sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu, faworyzowało któregokolwiek z nich, zaburzało pomiędzy nimi uczciwą konkurencję. Zamawiający formułując umowę w taki właśnie sposób, tj. pozbawiając wykonawców mo liwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych, liczyć się powinien, i okoliczność ta znajdzie swe odzwierciedlenie w zaoferowanych mu cenach.

8) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2, art. 3 1 ust. 1 Pzp, art. 3 5 3 1 i art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp „poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących

mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, jak równie poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące ra ącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, poprzez przerzucenie na wykonawców w subklauzuli 1.13. Warunków Szczególnych Kontraktu ryzyka związanego ze zmianą uwarunkowań środowiskowych wynikającej z ponownej oceny oddziaływania na środowisko będąca efektem przyjętych rozwiązań projektowych (Subklauzula 1.13. Warunków Szczególnych Kontraktu)".
Odwołujący wniósł o „nakazanie Zamawiającemu usunięcie subklauzuli Warunków Szczególnych Kontraktu następującego fragmentu: »Zmiana uwarunkowań środowiskowych wynikająca z ponownej oceny oddziaływania na środowisko, będąca efektem przyjętych rozwiązań projektowych, nie jest wadą decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia w rozumieniu niniejszej Subklauzuli”.
Przystępujący zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego. W argumentacji wskazano, e przedmiotowe postępowanie jest zamówieniem na roboty budowlane, w którym na Zamawiającym spoczywa obowiązek przekazania wykonawcom opisu przedmiotu zamówienia, czyli kompletnej dokumentacji oraz wszelkich decyzji, na podstawie których wykonawca ma wykonać przedmiotowe roboty budowlane, czyli tak e decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia. Je eli zatem nastąpi zmiana uwarunkowań środowiskowych wynikająca z ponownej oceny oddziaływania

na środowisko, będąca efektem przyjętych rozwiązań projektowych (rozwiązania projektowe w relacji z wykonawcą obcią ają tylko i wyłącznie Zamawiającego), to zgodnie z treścią subklauzuli 1.13. wykonawca będzie ponosił wszelkie konsekwencje takiej zmiany, co jest niedopuszczalne z uwagi, na fakt, e nie ponosi on odpowiedzialności za dokumenty, które otrzymał od Zamawiającego.

Stanowisko Izby

W ocenie Izby powy szy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, dokonanie zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach nie oznacza przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za tę zmianę. To Zamawiający cały czas ponosi odpowiedzialność za wa ność decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i jej wady, skutkujące koniecznością zmiany tej decyzji. Zapis subklauzuli 1.13 określa jedynie, e za wadę decyzji nie jest uwa ana sama jej zmiana, natomiast nie wyłącza odpowiedzialności Zamawiającego za inne wady tej decyzji. Taka treść subklauzuli oznacza jedynie, e wykonawca realizujący umowę, w przypadku dokonania zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, nie mo e domagać się wstrzymania realizacji robót,

---

powołując się jedynie na sam fakt tej zmiany. Treść warunków kontraktu nie wyłącza mo liwości domagania się przez Wykonawcę pokrycia przez Zamawiającego kosztów, jakie ponieść musi Wykonawca z powodu zmiany decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych. Jak wskazał Zamawiający, gdyby zmiana tej decyzji wpływała na wysokość ponoszonych przez wykonawcę kosztów wykonania robót lub czas ich wykonania (a wykonywane roboty muszą być zgodne z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach), wykonawca uprawniony jest do wystąpienia do Zamawiającego o zapłatę dodatkowego Kosztu na podstawie klauzuli 13 lub wydłu enia Czasu na Ukończenia na podstawie klauzuli 20. Roszczenia wykonawcy są w takim przypadku uzasadnione, gdy zmiana decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach jest zazwyczaj spowodowana okolicznościami nie le ącymi po stronie wykonawcy.
Brak jest więc podstaw do stwierdzenia, e postanowienia tej klauzuli naruszają zasady udzielania zamówienia (jak chocia by zasadę równego traktowania wykonawców, skoro wszyscy wykonawcy są objęci tymi samymi postanowieniami SIWZ), lub przepisy wyszczególnione przez Odwołującego w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.
Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……